

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO JUSTO¹

*Jorge Bacelar Gouveia**

Resumo: A procura de um critério de legitimidade material, sendo uma pergunta permanente no Direito, é ainda mais premente no Direito Constitucional, o qual pretende ser a cúpula da Ordem Jurídica Estadual. Mas ao longo dos tempos têm sido diversos os critérios oferecidos, ao sabor das concepções axiológicas e epistemológicas dominantes. Todavia, hoje verifica-se o consenso fundamental em torno de uma concepção suprapositiva do Direito, indisponível ao Direito Positivo, em cuja substanciação pode um novo Direito Natural desempenhar um papel central.

Abstract: The search for a criterion of legitimacy material, being a question in Law Theory, it is even more pressing in Constitutional Law, which aims to be the dome of the State Legal Order. But over time have been offered several criteria to suit their axiological and epistemological dominant conceptions. However, today there is consensus around a fundamental design of suprapositive Law, unavailable to Positive Law, in which a new substantive Natural Law can play a central role.

Palavras-chave: Constituição, Justiça, Direito Natural

Keywords: Constitution, Justice, Natural Law

1. O Direito Constitucional e a busca da Justiça Material

I. A fundamentação do Direito Constitucional – nele assim confluindo, no fundo, a fundamentação de todo o Direito ou os caminhos da sua legitimação material – representa a grande interrogação que se lhe coloca, em busca do que se considera o Direito Justo².

* **Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa** (Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal). Advogado e Jurisconsulto. Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa. Email: jbg@fd.unl.pt | Website: www.jorgebacelargouveia.com

¹ É para mim uma enorme honra participar com este texto no livro que comemora o XX aniversário da Constituição de Cabo Verde, que facilmente se notabilizou no Direito Constitucional de Língua Portuguesa pelo arrojo das suas soluções e pelo rigor técnico-jurídico de muitas das respetivas disposições. Está também de parabéns o Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais pela oportunidade desta iniciativa, que só o confirma como eminente Escola de Direito em Cabo Verde e já na Lusofonia Jurídica.

² Sobre o eterno problema da legitimidade ou da justiça do poder político, v. Marcelo Rebelo

Obviamente que esta não é uma resposta de agora, antes tem acompanhado o Direito praticamente desde o início da sua existência, e muito antes do aparecimento do Direito Constitucional Contemporâneo³.

Essa é a procura de um arrimo extrínseco – e ao mesmo tempo limitador do Direito Constitucional, qual verdadeira *reserva do Direito* – que se formou curiosamente ao longo do tempo, no essencial, em torno da categoria dos direitos fundamentais, primeiro consagrados nas Constituições e depois nos direitos do homem, previstos nos respetivos textos internacionais de proteção, ainda que mais tarde se tivesse propagado a outros princípios e paragens⁴.

II. Não se trata de saber se o Direito é vigente ou se o Direito é válido: trata-se, antes, de saber se o Direito é legítimo, com base na sua adequação a um padrão de Justiça Material⁵.

A legitimidade de que se cura, neste combate pelo Direito Justo, diferencia-se da resposta que se pode obter noutros contextos⁶:

- a resposta da *positividade*, em que se quer determinar a vigência do Direito, de acordo com as regras da sua entrada em vigor;
- a resposta da *legalidade*, na qual se procura saber se o Direito produzido está conforme e é exercido segundo a forma juridicamente estabelecida;

de Sousa, *Direito Constitucional*, Braga, 1979, pp. 17 e ss.; Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, 1980, pp. 679 e ss.; J. Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 273 e ss.; Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, I, 6ª ed., Coimbra, 1989, pp. 280 e ss.; Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 149 e ss.; Michel Villey, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 2003, pp. 51 e ss.; Rudolf Von Jhering *A Luta pelo Direito*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 19 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 3ª ed., Coimbra, 2005, pp. 217 e ss.; Gustavo Zagrebelsky, *Le Legge e la sua Giustizia*, Bologna, 2008, pp. 15 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, I, 4ª ed., Coimbra, 2011, pp. 741 e ss.

³ Como lembra Rudolf Von Jhering (*A Luta...*, p. 19), “O fim do Direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta. Enquanto o Direito tiver de contar com as agressões partidas dos arrais da injustiça – e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo – não poderá prescindir da luta. A vida do Direito é a luta – uma luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”.

⁴ Como escreve José de Oliveira Ascensão (*O Direito...*, pp. 217 e 218), “Todo o poder supõe que ao comando dos governantes se contraponha a obediência dos governados. Mas há que perguntar se o conteúdo do que se comanda e, portanto, do Direito instituído é irrelevante, ou se o poder, mesmo legitimamente instituído, se tem de justificar pelo seu exercício”.

⁵ Cfr. J. Batista Machado, *Introdução ao Direito...*, p. 287.

⁶ Cfr. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pp. 154 e ss.

- a resposta da efetividade, pela qual se pretende surpreender até que ponto o Direito é socialmente aceite – também por vezes referida como legitimação social – em função do grau de adesão da comunidade, para a qual concorrem fatores fácticos e não valorativos.

III. Só que essa está longe de se apresentar como uma conceção pacífica e importa registar o caminho percorrido até à aceitação moderna dos limites materiais reconhecidos, recordando a velha máxima de que *lex injusta non est lex*.

Esta foi uma preocupação magistralmente sintetizada, há muitos séculos, por SANTO AGOSTINHO, ao perguntar: “Afastada a justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões?”⁷.

Eis um problema, portanto, que se coloca no plano da *legitimidade material* (ou da Justiça) das normas jurídicas, não tanto no plano da respetiva *validade formal* – segundo um critério de juridicidade formal – ou no plano da respetiva *eficácia social* – de acordo com uma conceção de adesão social às normas jurídicas⁸.

IV. Se a procura do Direito Justo é assim tão antiga, quase tão antiga como o Direito, é natural e aconselhável que se possa equacionar, ao longo desse tempo, três grandes percursos, neles se mostrando fundas diferenças nas respostas dadas:

- as conceções pré-constitucionais materiais;
- as conceções liberais positivistas e formalistas; e
- as conceções hodiernas antipositivistas, jusnaturalistas e outras⁹.

⁷ Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, I, 2ª ed., Lisboa, 1996, p. 383.

⁸ Com uma síntese acerca deste tripé de valoração do Direito, Norberto Bobbio, *Teoria Generale del Diritto*, Torino, 1993, pp. 23 e ss.

⁹ Com um percurso histórico acerca do Direito Natural, v. Angel Latorre, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 1978, pp. 166 e ss.; Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política...*, I, pp. 289 e ss.; Paulo Ferreira da Cunha, “O desafio científico e o desafio pedagógico do Direito Natural”, in AAVV, *Direito Natural, Religiões e Culturas* (org. de Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, 2004, pp. 119 e ss.; Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 2004, pp. 165 e ss.; António Braz Teixeira, “A Justiça e a crise do Direito Natural”, in AAVV, *Direito Natural, Religiões e Culturas* (org. de Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, 2004, pp. 201 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *O Direito...*, pp. 171 e ss.; Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, Lisboa, 2004, pp. 32 e ss. Leo Strauss, *Direito Natural e História*, Lisboa, 2009, pp. 3 e ss.

2. As concepções pré-constitucionais materiais

I. O primeiro grupo de concepções, temporalmente localizadas antes do aparecimento do Constitucionalismo, mas englobando muitos séculos da História Universal, acolhe diferentes entendimentos, sob o diapasão comum do reconhecimento do valor de limites externos à atuação do poder político.

Mas estas concepções, partilhando aquela ideia geral de limitação material do poder político, acentuadamente divergiram nos arrimos que encontram, bem como na diversidade substantiva das respetivas pautas limitadoras.

II. As concepções mais antigas são de raiz *cosmológica* e relacionaram-se com as pioneiras discussões filosóficas da Antiguidade Clássica em torno da necessidade de as leis respeitarem certas orientações fundamentais¹⁰.

De um modo geral, no pensamento grego, a ideia de justiça, natural e transcendente, bem transparecia em Themis e em Diké, que – como realça MIGUEL REALE – eram “...as personificações do sentido ideal que governa de maneira obrigatória o comportamento social”, acrescentando ainda este autor brasileiro “...com as devidas cautelas, que, de início, por sua origem mítica, a *ordem humana* – na qual se englobava o Direito – é sentida ou percebida como algo que deve ser”¹¹.

Igualmente em Roma, com Marco Túlio Cícero¹², uma orientação limitativa do poder político se considerava vigente: “...existe um só Direito, aquele que constitui o vínculo da sociedade humana e que nasce de uma só Lei; e esta Lei é a reta razão enquanto ordena e proí-

¹⁰ Como não recordar, neste contexto, o drama de Antígona, que desrespeitou a lei de Creonte, que proibira seu irmão, Polinices, de ser chorado ou sepultado, por ter lutado contra a própria pátria: “Com certeza, porque Zeus não pretendeu impor-me proibições nem Dike, a deusa que está com os númenos subterrâneos, jamais fixou aos homens normas parecidas. Além disso, eu não acreditava que os éditos humanos tivessem força suficiente para conferirem a um mortal a faculdade de violar as leis divinas, que nunca foram escritas mas são imutáveis. Não é de hoje nem de ontem que elas vivem: são eternas e ninguém sabe determinar o tempo em que foram promulgadas (Sófocles, *Antígona*, 3ª ed., Lisboa, 1988, p. 35).

¹¹ Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, Lisboa, 2003, p. 162.

¹² Mas que seria generalizadamente aceite pela doutrina: basta recordar a admirável síntese de Ulpiano, os *Tria Praecepta Iuris* (in *Corpus Iuris Civilis*, I, 10): *honeste vivere, alterum neminem laedere, suum cuique tribuere*.

be¹³ (*ius naturale est quaedam vera lex, reta ratio, natura congruens, diffusa in omnes constans, sempiterna*)”¹⁴.

E Marco Túlio Cícero ainda enfaticamente acrescentaria: “... daqui resulta que a justiça não existe em absoluto se não deriva da Natureza; e que a utilidade acaba com toda a justiça edificada sobre a base da utilidade. Se a Natureza não deve respaldar o Direito, todas as virtudes desaparecem”¹⁵.

III. A passagem à Idade Média determinou, nestas concepções pré-constitucionais, o surgimento de entendimentos marcadamente *teológicos*, no lastro da receção do Cristianismo, ao mesmo tempo absorvendo a Filosofia Aristotélica.

Foi assim que nasceu uma *concepção jusnaturalista de raiz religiosa*, em que a lei humana necessariamente encontrava o seu limite na lei de Deus, com diversas modalidades, conforme os autores a propugnariam¹⁶:

- Santo Agostinho defendeu a existência de um sentido de Justiça, ao mesmo tempo que estabeleceu a destriça entre a *lex aeterna*, a *lex naturalis* e a *lex humana*;
- São Tomás de Aquino, mais elaboradamente, propôs a tetralogia da *lei eterna*, da *lei natural*, da *lei divina* e da *lei humana*, indexando o Doutor Angélico a legitimidade

¹³Marco Túlio Cícero, *Las Leyes*, Madrid, 1989, p. 184, e *Sobre los deberes*, Madrid, 1989, pp. 142 e ss., devendo-se-lhe a frase célebre “*Toga cedant arma!*”.

¹⁴ Marco Túlio Cícero: “Existe, pois, uma lei verdadeira, que é a reta razão, conforme à Natureza, presente em todos os homens, constante e sempre eterna. Esta lei conduz-nos imperiosamente a fazer o que devemos e proíbe-nos o mal, desviando-nos dele. O homem honesto não é nunca surdo aos seus comandos e proibições: estas só não têm efeito sobre o homem perverso”. Cfr. MARCO TÚLIO CÍCERO, *Da República*, apud Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução...*, I, p. 172.

Sobre o pensamento político de Marco Túlio Cícero em geral, v. Giorgio del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., Coimbra, 1979, pp. 54 e ss.; J. da Silva Cunha, *História Breve das Ideias Políticas*, Porto, 1981, pp. 97 e ss.; Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des Idées Politiques*, 10ª ed., Paris, 1990, pp. 141 e ss.

¹⁵ Marco Túlio Cícero, *Las Leyes*, p. 184.

¹⁶ Quanto ao Direito Natural realista, v. Mário Bigotte Chorão, “**Aproximação ao realismo jurídico**”, in AAVV, *Direito Natural, Religiões e Culturas* (org. de Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, 2004, pp. 21 e ss.; AAVV, “**Cuestiones fundamentales de Derecho Natural**” – *Atas de las III Jornadas Hispánicas de Derecho Natural* (ed. De Miguel Ayuso), Madrid, 2009, pp. 19 e ss.

desta à respetiva conformidade com as outras leis consideradas superiores¹⁷.

IV. A Idade Moderna trouxe novas orientações na substanciação dos limites externos à atuação do poder político, com o Idealismo que filosoficamente ficou a dever-se ao contributo de René Descartes, o qual introduziria também o Subjetivismo, a partir daquele momento a fundamentação do Direito e do Poder se estabelecendo imanentemente ao próprio homem¹⁸.

Ao nível do Direito, foi precursor Hugo Grócio, que marcou a viragem para a fundamentação racionalista – e não já teológica – do Direito, apelando ao Direito Natural¹⁹ descoberto pela *reta ratio*²⁰. Assim nasceria o Jusnaturalismo racionalista, frisando a aceitação de princípios imutáveis e descobertos pela “razão raciocinante”, independentemente de considerações religiosas.

3. A viragem liberal para o positivismo legalista e normativista

I. A revolução constitucionalista da Idade Contemporânea provocou uma transformação radical em muitas das instituições políticas,

¹⁷ Cfr. Também Francisco Suárez, *De Legibus*, I, Lisboa, 2004, pp. 206 e ss.; Miguel Reale, *Teoria Tridimensional...*, pp. 167 e ss.

¹⁸ Ao mesmo tempo que idêntica perspectiva arredava o fundamento teológico, tão bem lembrado por João Paulo II, no seu último livro (*Memória e identidade – colóquios na transição do milénio*, Lisboa, 2005, p. 18): “Antes, tudo era interpretado na perspectiva do *esse* e procurava-se uma explicação de tudo dentro desta ótica: Deus, Ser plenamente autossuficiente (*Ens subsistens*), era considerado o suporte indispensável para todo o *ens non subsistens*, *ens participatum*, isto é, para todos os seres criados e, por conseguinte, também para o homem. O *cogito, ergo sum* implicava uma rutura com esta linha de pensamento: agora, tornava-se primordial o *ens cogitans*; depois de Descartes, a Filosofia torna-se uma ciência puramente de pensamento: tudo o que for *esse* – tanto o mundo criado como o Criador – permanece no campo do *cogito* como conteúdo do conhecimento humano. A Filosofia ocupa-se dos seres enquanto conteúdos do conhecimento, e não como existentes fora dele”.

¹⁹ Cfr. Hugo Grócio, *Del Derecho de Presa – Derecho de la Guerra y de la Paz*, Madrid, 1987, p. 36, assim o explicitando: “O Homem não só tem a força associativa que não têm os demais seres animados (...) como tem, para além disso, o juízo para entender o que lhe agrada e o que o prejudica (...). O que repugna a este juízo se entende ser também contra o Direito Natural ou humano”. E acrescentando noutro passo (p. 57) que o “...Direito Natural é ditado pela reta razão”, sendo certo que a sua validade se apresentaria independente da existência de Deus (p. 36): “...o que dissemos teria lugar ainda que admitíssemos algo que não se pode fazer sem cometer o maior delito, como é aceitar que Deus não existe...”.

²⁰ Sobre o jusnaturalismo em geral, v. também Giorgio del Vecchio, “Grócio e a fundação do Direito Natural”, in *Direito e Paz*, Braga, 1968, pp. 133 e ss.; Juan A. Alejandro García, *Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación*, Sevilla, 1980, pp. 12 e ss.; Franz Wieacker, *História...*, pp. 279 e ss.

mas também no plano da Ordem Jurídica e na sua fundamentação muitas coisas mudariam.

É verdade que o nascimento dos textos constitucionais, assim como de outros instrumentos de limitação do poder absoluto, deu grandes êxitos na repressão de regimes absolutos.

Mas esses bons resultados do mesmo modo se alcançariam na radicação de uma concepção jusracionalista do Direito do século XVIII, bem patente na proteção dos direitos fundamentais, essencialmente nos países que foram pioneiros no movimento tendente à consagração dos mesmos.

II. Disso muito bem se incumbiram as declarações de direitos, que integradas ou não nos textos constitucionais representariam uma das modalidades de resposta que se tinha por necessária.

Esses direitos fundamentais depressa atingiriam as características que o Jusracionalismo subjacente lhes podia dar²¹: (i) a intangibilidade, (ii) a imprescritibilidade e (iii) a inalienabilidade.

Isso sucedeu, primeiro, com a Declaração de Independência norte-americana de 1776 e, logo a seguir, em França, com a DDHC, de 1789. A primeira afirmação dos direitos do homem assumiu-se, deste modo, num contexto abstrato e individualista.

III. Simplesmente, mercê de um conjunto de explicações várias, a concepção jusracionalista, se dominara o panorama constitucional dos finais do século XVIII e durante a primeira metade do século XIX, rapidamente entraria em declínio.

No seu lugar, emergiria uma outra concepção do Direito, sendo aquele jusracionalismo progressivamente substituído por uma visão formalista do Direito, já não tanto preocupada com a consagração de um conjunto de valores materiais indisponíveis ao poder político, quanto antes atenta à garantia de mecanismos de atuação e de limitação formal do poder político²².

²¹ Cfr. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, III, 3ª ed., Paris, 1930, p. 611; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 19 e 20; A. Castanheira Neves, “*Método jurídico*”, in *Pólis*, IV, Lisboa, 1986, pp. 230 e 231.

²² Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução...*, I, pp. 184 e ss.

Ainda que de diversa índole, essas correntes positivistas formalistas tinham em comum a rejeição de uma concepção jusracionalista que exatamente animara os debates no dealbar das revoluções liberal e constitucionalista²³.

IV. No plano científico, foi o movimento do positivismo científico que esteve na sua gênese, embora numa perspectiva que não se podia limitar a considerações meramente epistemológicas.

Na medida em que o Direito deveria ser estudado identicamente às ciências sociais, cuja “rainha” – nas célebres palavras de Augusto Comte (1798-1857) – seria a Sociologia, só se afirmaria possível como vinculante aquilo que fosse vertido em textos positivados pela autoridade do poder público.

E foi este autor que proporia como máxima metodológica a de que “Não há nada de real que não seja observável e tudo o que é observável é real”²⁴.

As causas desta tendência para a formalização do Direito, para além do cientifismo aplicado ao Direito, foram também de natureza económico-social.

O concomitante crescer da importância da lei, em detrimento do poder de outras instâncias externas, estava bem em consonância com a nova classe dominante, política e socialmente: a burguesia, que tinha triunfado com o liberalismo político e com o capitalismo de tipo industrial.

²³ Como afirma Francisco Lucas Pires (*O problema da Constituição*, Coimbra, 1970, p. 368), a “...Constituição começa a ser tomada independentemente da sua particular intenção normativa e a *voluntas* de que ela se fizera mediadora é absorvida pela *ratio* que nela se havia fossilizado”.

²⁴ Acrescentando ainda Augusto Comte (*Reorganizar a sociedade*, 2ª ed., Lisboa, 1990, p. 113) sobre a política positiva: “Esta superioridade resulta de que ela descobre o que os outros inventam. A política teológica e a metafísica imaginam o sistema que convém ao estado presente da civilização, dada a condição absoluta de que ele seja também o melhor possível”.

E ainda aditando, criticamente, que “A política também não escapou, como não escaparam as outras ciências, a esta lei fundada sobre a natureza das coisas. O estado em que a ciência política se tem mantido até ao presente, e no qual ainda se encontra, corresponde com analogia perfeita ao que foi a astrologia para a astronomia, a alquimia para a química, e a busca da mezinha universal para a medicina” (p. 87).

Cfr. também Marcel Prélot e Georje Lescuyer, *Histoire...*, pp. 648 e ss.; António Marques Baessa, *Quem governa?*, Lisboa, 1993, pp. 123 e ss.; A. Castanheira Neves “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Digesta*, 1º vol., Coimbra, 1995, pp. 29 e ss.

V. A França foi talvez o primeiro espaço de repercussão do positivismo formalista, tendo aí nascido um positivismo de tipo legalista, exacerbando a vontade do poder legislativo como critério de dever-ser.

E depois, no plano da interpretação, a consequência inevitavelmente seria a do exegetismo, numa atividade unicamente preocupada com a reconstituição da vontade do legislador²⁵.

VI. Na Alemanha, abandonando o contexto da luta política em que tinha nascido, o Estado de Direito rapidamente se assumiria como eminentemente formal. O Estado, nas normas que criava, entrava em relação com os cidadãos, ambos sendo possuidores de direitos subjetivos, os quais eram normativamente regulados.

A atividade do Estado seria determinada pelos padrões formais da legalidade e da constitucionalidade e a sua ação só se legitimaria se e enquanto a esfera dos indivíduos se encontrasse protegida por essas leis, só a estas competindo o reconhecimento de tais direitos²⁶. Esta não era senão uma mera limitação formal do poder, que, instituindo certas normas, tinha de as levar até ao fim²⁷.

Por força de circunstancialismos próprios, nos quais se inscrevia a inexistência de uma revolução constitucionalista e a coexistência tardia do princípio monárquico com o princípio da soberania popular, a resposta radicou no formalismo jurídico, gizado através da teoria da autolimitação do Direito do Estado, para explicar a vinculação jurídica entrando em relação com os indivíduos, primeiramente formulado por Rudolf Von Jheling e, depois, construído por Georg Jellinek²⁸.

Diferentemente das experiências totalitárias do período que se viveu entre as guerras do século XX, o formalismo jurídico alemão

²⁵ Cfr. José Hermano Saraiva, *A crise do Direito*, Lisboa, 1964, pp. 55 e ss.; Henri Batiffol, *A Filosofia do Direito*, Lisboa, s. d., pp. 11 e ss.; Mário Bigotte Chorrão, “**Método jurídico**”, in *Pólis*, IV, Lisboa, 1986, p. 1414.

²⁶ Como afirma José de Sousa e Brito (“**A lei penal na Constituição Portuguesa**”, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 227), “...os direitos individuais só têm existência e proteção na medida em que a lei, ou mais simplesmente a atividade legal do Estado, lhos reconhece”.

²⁷ Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política...*, I, pp. 299 e ss.

²⁸ Georg Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, I, Paris, 1911, pp. 502 e ss. Cfr. Também Alberto da Cunha Rocha Saraiva, *Construção Jurídica do Estado*, I, Coimbra, 1912, pp. 71 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 19 e 20.

não recusou a existência de direitos subjetivos públicos, mas criou um Estado de Direito Formal ou de mera Legalidade²⁹.

VII. Outro seria ainda o caminho do positivismo normativista austríaco, também chamado de “metodológico”, que com Hans Kelsen fechou por completo a porta a valorações suprapositivas, considerando a Ordem Jurídica uma multidão de normas com uma validade aferida em função da sua conformidade com a norma superior, tudo culminando numa “norma constitucional hipotética”.

Esta apenas determinaria a existência em favor do Estado de um poder, de cariz constituinte, de criar uma Constituição com um qualquer conteúdo, sem com isso se poder discutir a eventualidade de um Direito Metafísico³⁰.

Ficaram famosas, neste contexto, as palavras de Hans Kelsen : “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, apoiando-se numa norma fundamental pressuposta”³¹.

²⁹ Em Portugal, era esta, no fundo, a conceção propugnada por Marcello Caetano (*Páginas Inoportunas*, Lisboa, s. d., p. 158), não obstante se reclamar do valor transcendente da Justiça: “Uma lei, mesmo quando seja má, é preferível à ausência de lei nos casos em que da sua falta resulte o capricho nas resoluções da autoridade e a incerteza dos direitos dos indivíduos. A lei, estabelecendo critérios gerais e abstratos para a solução de casos concretos, é sempre uma garantia de igualdade e portanto de Justiça, ainda que esta Justiça seja meramente relativa e formal”.

³⁰ Cfr. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1984, pp. 269 e ss., e *A Justiça e o Direito Natural*, 2ª ed., Coimbra, 1979, pp. 169 e ss. Cfr. Também José Hermano Saraiva, *A crise...*, pp. 61 e ss.; Francisco Lucas Pires, *O problema...*, pp. 372 e 373; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 20 e 21; Henri Batiffol, *A Filosofia...*, pp. 22 e ss.; A. Castanheira Neves, *Método jurídico*, pp. 239 e ss.; J. Batista Machado, “*Teoria Pura do Direito*”, in *Pólis*, V, Lisboa, 1987, p. 1168, este frisando que, no processo de esvaziamento material do Direito, para Hans Kelsen haveria “...que deixar de parte elementos tradicionais, como o da Justiça, Razão ou Moralidade, que só podem contribuir para a confusão metodológica e teórica”; Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, 1990, pp. 117 e ss.; Mário Bigotte Chorão, *Método jurídico*, pp. 1416 e 1417; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 2002, p. 356, este lembrando que, para Hans Kelsen, o “Estado é como o Rei Midas, tudo o que apanha transforma em Direito.”; Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra, 1994, pp. 37 e ss.

³¹ Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, p. 273. Dizendo ainda o mesmo autor noutra ocasião: “É chamada “pura” porque procura excluir da cognição do Direito positivo todos os elementos estranhos a este. Os limites deste objeto e de sua cognição devem ser claramente fixados

O irrealismo e o abstracionismo lógico do positivismo metodológico evidentemente que nunca o fariam proceder, facilmente se antolhando, logo à nascença, o seu fracasso³².

VIII. O resultado destas correntes metodológico-jurídicas, para além de outras consequências para a Ciência do Direito em geral, fertilizaram no terreno da proteção dos direitos fundamentais herdada do jusracionalismo oitocentista, assim como depois irradiariam para outros aspetos fundamentais do Direito.

Definitivamente se votaria ao abandono essa conceção jusnaturalista, porque ela em si seria incapaz de corresponder aos novos postulados metodológicos, de acordo com três diferentes linhas de percurso:

- quer fundando-se numa observação da realidade social, devidamente traduzida numa conceção legalista do Direito;
- quer unicamente se validando com base numa conceção formalista de produção das normas jurídicas inferiores, sem qualquer implicação valorativa, insuscetível de comprovação científica³³;
- quer adulterando o Direito Natural, não o negando, mas relativizando-o – ou, melhor dizendo, positivando-o – às circunstâncias históricas, criando um Direito Natural de conteúdo variável³⁴.

em dois sentidos: a ciência específica do Direito, a disciplina geralmente denominada jurisprudência, deve ser distinguida da filosofia da justiça, por um lado, e da sociologia, ou cognição da realidade social, por outro” (*A Teoria Pura do Direito e a jurisprudência analítica*, in *O que é a justiça*, São Paulo, 1997, p. 261).

³² A crítica de J. Batista Machado (“O sistema científico e a teoria de Kelsen”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXVI, 1985, p. 27) não deixa de ser contundente: “Parece-nos que Kelsen, tomando para objeto da sua análise o Direito Positivo, não dá resposta à questão de saber o que é esta realidade. Antes, responde a qualquer outra coisa: responde designadamente à questão de saber como é possível conhecer essa realidade sem tomar em conta aquilo que é radicalmente constitutivo do que tal realidade tem de específico: o sentido de Justiça”.

³³ O balanço do positivismo jurídico, segundo as suas várias manifestações, é para Mário Bigotte Chorão (“Positivismo jurídico”, in *Pólis*, IV, Lisboa, 1986, p. 1425) acentuadamente negativo: “A atitude básica do juspositivismo em relação à metafísica privou a ordem jurídica de fundamentos e critérios de legitimidade objetivos e sólidos, deu largas ao relativismo axiológico e permitiu, enfim, que o direito se convertesse numa simples técnica nas mãos do Poder para fins manifestamente contrários à justiça e ao bem comum”.

³⁴ Que é criticada por J. Batista Machado, *Introdução ao Direito...*, p. 288, ao afirmar que “A conceção segundo o qual os referidos elementos “prescritivos” suprapositivos nascidos

4. As reações antipositivistas e o novo Direito Natural

I. Rapidamente se perceberia, contudo, que o positivismo – primeiro, o voluntarista e, depois, o normativista – tinha caído num forte *solipsismo jurídico*³⁵, bastando-se a si próprio, numa autossuficiência que não podia refletir a realidade dos fenómenos que pretendia retratar, outra coisa não sendo senão a expressão jurídica do grupo social dominante, num quietismo bem diferente do espírito que animara os ideais do Constitucionalismo inicial, com desprezo por:

- (i) realidades transcendentais – o Direito Natural;
- (ii) realidades extralegais – o Direito Consuetudinário; e
- (iii) realidades institucionais – o ordenamento imanente das organizações sociais.

II. Daí que os sinais de reação contra esse positivismo formalista não se fizessem esperar, ainda no século XIX, bem como nas primeiras décadas do século XX³⁶:

da estrutura de sentido de uma cultura e época histórica apontariam para a ideia de um “Direito Natural de conteúdo variável”, não parece de molde a dar uma resposta satisfatória ao eterno problema do Direito justo. À primeira vista, só uma doutrina concebida nos moldes do Direito Natural clássico (metafísico) poderia ser uma resposta adequada àquela interrogação”.

³⁵ Na feliz expressão de Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar – La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987, p. 79, que explicita ainda que “O solipsismo jurídico é soberbamente prepotente, tende a estabelecer um *status quo* em benefício dos poderosos, a favor dos detentores do poder, num *establishment* que se autoreproduz.”

³⁶ São ainda de referir dois outros importantes autores germânicos, que com originalidade lutaram também contra o positivismo jurídico do século XIX: Rudolf Smend e Hermann Heller.

Rudolf Smend, com a sua *Integrationlehre*, preconizou uma densificação do conteúdo da Constituição a partir da realidade espiritual do Estado, determinada segundo um processo que se joga na tríplice função de integração pessoal, funcional e material (Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, pp. 62 e 63): “O objeto da teoria do Estado e do Direito Constitucional é o Estado enquanto parte da realidade espiritual (...) Se o Estado existe, é unicamente graças a estas diversas manifestações, expressões de um encadeamento espiritual e, de um modo mais decisivo, através das transformações e renovações que têm como objeto imediato encadeamento inteligível”.

Cfr. Também Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra...*, pp. 51 e ss.; Afonso D’Oliveira Martins, *O fenomenologismo e a teoria constitucional de Smend*, in AAVV, *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 235 e ss.

Hermann Heller (*Teoría del Estado*, Cidade do México, 1942, pp. 267 e ss.), por seu lado, numa visão dinâmica da realidade social, considerou que a Constituição devia representar uma ligação estreita entre a normatividade dos respetivos preceitos e a realidade constitucional que visa conformar, sendo mesmo essa ligação a condição da sua sobrevivência, de acordo com

- o *historicismo jurídico*, de Friedrich Carl Von Savigny, apelando para o *Volksgeist* enquanto instrumento de definição do dever-ser, lutaria contra as codificações abstratas e rígidas de inícios do século XIX³⁷, sendo certo que a Ordem Jurídica se deveria considerar historicamente pressuposta e de índole marcadamente antivoluntarista³⁸;
- o *decisionismo*, de Carl Schmitt, assentando numa conceção de poder como o produto da vontade do soberano, ao repelir o positivismo legalista como fundamento do Direito Constitucional, e perfilhando uma manifestação de força do poder político³⁹;
- o *positivismo sociológico* e o *institucionalismo*, de Maurice Hauriou, Léon Duguit, Santi Romano e Constantino Martati fundando o Direito num conjunto de laços sociais perduráveis representados pelas instituições⁴⁰, ao defender a Ordem Jurídica como eminentemente apoiada nas relações sociais de justiça e de solidariedade, a partir do conjunto das consciências individuais que a requeriam, num sentido exterior

os conceitos fundamentais de *normalidade fáctica* – de conformidade com a Constituição – e de *normatividade* – de imposições de dever a essa mesma realidade. Como afirma noutro momento (p. 269), a “...Constituição permanece através da mudança dos tempos e pessoas graças à probabilidade de que se repita no futuro a conduta humana que concorde com ela”.

³⁷ Como escreve Franz Wieacker (*História...*, p. 407), “A Escola Histórica do Direito descobriu na historicidade do Direito a historicidade do próprio povo. Ela viu mesmo no Direito, primeiro implicitamente e depois expressamente, uma manifestação do espírito do povo. Também aqui ela estava comprometida com uma nova experiência fundamental do historicismo.”

³⁸ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 22 e 23; Franz Wieacker, *História...*, pp. 397 e ss.; Henri Batiffol, *A Filosofia...*, pp. 29 e 30; A. Castanheira Neves, *Método jurídico*, pp. 231 e 232; Mário Bigotte Chorão, *Positivismo jurídico*, pp. 1415 e 1416; Edurado Vera-Cruz Pinto, *As origens do Direito Português – a tese germanista de Teófilo Braga*, Lisboa, 1996, pp. 21 e ss.

³⁹ Cfr. Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, 1993, pp. 154 e ss. Cfr. Também Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 24 e 25; Germán Gómez Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, 1986, pp. 53 e ss.; George Schwab, *The challenge of the exception*, New York/Westport/London, 1989, pp. 44 e ss.; Gabriel Guillén Kalle, *Carl Schmitt en España – la frontera entre lo político y lo jurídico*, Madrid, 1996, pp. 63 e ss.

⁴⁰ Cfr. Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política...*, I, pp. 296 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 25 e 26; HENRI BATIFFOL, *A Filosofia...*, pp. 31 e ss.; Norberto Bobbio, *Contribución...*, pp. 153 e ss., e *Teoria...*, pp. 9 e ss.

ao Estado⁴¹, atomisticamente consideradas ou representadas nas instituições⁴², e pondo-se, em geral, o acento tónico na efetividade social do Direito, pois aí se buscava o arrimo seguro da limitação do poder político⁴³.

III. Só os trágicos acontecimentos das guerras do século XX, não obstante estes inúmeros e meritórios esforços doutrinários, exporiam completamente as fragilidades inerentes a uma visão meramente formalista do Direito em geral e do Direito Constitucional em especial.

Nele se fizeram incorporar novas conceções materiais, pelas quais o Estado se limitaria não já apenas pela norma que produzisse, mas essencialmente pelo tipo de soluções materiais adotadas, numa evidente sobreposição com a perspetiva formal que paralelamente se conservaria.

IV. Assim se afirmou *uma fundamentação material do Direito e do Estado, e também do Direito Constitucional*, a qual passou a significar a vinculação da produção jurídica a determinadas *soluções de conteúdo*, ditadas para a atividade legiferante, provindo de referenciais trans-estaduais, no reconhecimento de que haveria limites objetivos que em caso algum poderiam ser postergados.

A validade dos atos do poder político alargou-se aos respetivos conteúdos, que deviam estar conformes a essas orientações de fundo⁴⁴. *Assim se assistiu ao recolocar de novo destas questões, tendo*

⁴¹ São bem expressivas, a este propósito, as palavras de Léon Duguit (*Traité...*, I, p. 200): “Esta regra é uma regra de direito quando a massa das consciências individuais compreende que ela deve ter uma sanção social. É o sentimento de solidariedade e de justiça que lhe dá o seu caráter obrigatório...”.

E depois ainda acrescenta (*Traité...*, I, p. 201): “Toda a sociedade tem um direito objetivo como tem uma língua, um território sobre o qual ela vive de maneira permanente ou momentânea, os costumes, os hábitos, uma religião”.

⁴² Maurice Hauriou, situando-se na mesma linha sociológica, ensaia explicação diversa da de Léon Duguit para fundar o Direito: a regra de Direito corresponde à regulação das instituições sociais, que pela sua especificidade e perdurabilidade, no meio social, reclamam um estatuto jurídico condizente.

⁴³ A doutrina do positivismo sociológico exerceu grande influência em Portugal, em dois eminentes cultores do Direito Constitucional: Domingos Fezas Vital, *Lições de Direito Político*, 2ª ed., Coimbra, 1928, p. 35, e Alberto da Cunha Rocha Saraiva, *Construção...*, I, pp. 29 e 30.

⁴⁴ Registemos, novamente, as palavras de José de Sousa e Brito (*A lei penal...*, p. 227): “A validade dos atos dos órgãos do Estado não é, pois, apenas condicionada pela regularidade formal do seu processo de produção, mas também pela concordância material do seu

na altura regressado também as considerações de tipo jusnaturalista⁴⁵, mas com diferentes roupagens.

V. Em grande medida, a limitação do poder estadual encontraria nos textos internacionais, sobretudo de proteção dos direitos do homem que conheceram neste período a sua génese e desenvolvimento, a resposta ideal à dificuldade de congruar, por um lado, a certeza da positividade jurídica – que supostamente não se encontraria naquilo a que os positivistas, algo pejorativamente, chamavam a “metafísica jurídica” – e, por outro lado, a universalidade que resultaria de se impor limites comuns a todos os povos e sociedades políticas.

Isto seria ainda possível, no plano adjetivo, porque se criara uma instância supraestadual especificamente ocupada com a limitação dos poderes dos Estados participantes no concerto das nações⁴⁶.

Ao Direito Internacional Público, no setor dedicado aos direitos do homem, competiria o inesperado papel de auxiliar precioso na reafirmação desta limitação material ao poder público, protagonizada pelos direitos fundamentais de teor internacional.

VI. Não obstante os progressos obtidos, sobretudo no campo do Direito Internacional Público, em associação com a crise do Estado Moderno, em certos setores assiste-se ao *regresso a concepções de tipo formalista*, ainda que cuidando de, pelo menos, não cair nos crassos erros apontados ao positivismo formalista do século XIX e de princípios do século XX.

conteúdo com uma tábua de valores que lhe é anterior e superior”.

⁴⁵ Momento em que, utilizando as palavras de José Manuel Sérvulo Correia (“**Contencioso Administrativo e Estado de Direito**”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVI, nº 2 de 1995, p. 445), se operou a “...sua utilização como cimento ideológico e axiológico da reconstrução político-jurídica dos Estados dilacerados pelo conflito e traumatizados por experiências totalitárias...”.

Cfr., em termos críticos, Winfried Hassemer, *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*, Lisboa, 1995, pp. 16 e ss.

Tratou-se de um movimento geral revivalista do jusnaturalismo: Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, *Os limites...*, pp. 65 e ss.

⁴⁶ Como impressivamente afirma João de Castro Mendes (“**Direitos, liberdades e garantias – alguns aspetos**”, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 114), “Do puro campo do direito natural, os direitos do Homem passaram ao campo do direito internacional, e aí instalaram-se solidamente”.

Baixando os braços perante a (pseudo) impossibilidade de encontrar um esteio material limitador do poder público, as investigações da Filosofia Jurídica direcionaram-se recentemente na busca dos alicerces de uma limitação material do Direito mais no modo de decidir do que no que se pretende decidir.

Eis dois exemplos dessas tentativas:

- a *legitimação pelo procedimento*, de Niklas Luhmann, esquema através do qual se justifica a aceitação social das decisões jurídicas (a sua legitimidade, definida como a “...disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”⁴⁷), em substituição dos “antigos fundamentos jusnaturalistas”⁴⁸, a partir do *procedimento*, encontrando este “...como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias”⁴⁹, ainda que depois se admitindo diversas intensidades nessa legitimação, em razão da estrutura e complexidade dos procedimentos analisados⁵⁰; ou a *teoria do consenso*

⁴⁷ Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, 1980, p. 30.

⁴⁸ Apresentando-se a teoria da legitimação pelo procedimento como uma via alternativa que, todavia, como o próprio Niklas Luhmann reconhece (*Legitimação...*, p. 26), não a afasta de todo, mas vai para além dela: “Nenhum procedimento pode prescindir de verdades nesta função específica; doutra forma, perder-se-ia num poço sem fundo de possibilidades sempre diferentes. Determinadas observações e determinadas conclusões têm de ser garantidas como obrigatórias. Há sempre um sentido que não pode ser negado sem tirar aquela relevância social à própria opinião e sem que se sacrifique a possibilidade de intervenção, e um dos resultados essenciais do método comunicativo em muitos procedimentos consiste em agrupar de tal forma o sentido confirmado que se torna diminuto o espaço de manobra da decisão. Está igualmente fora de dúvida que, tanto hoje como anteriormente, verdades com este sentido específico não são suficientes para resolver todos os problemas com uma absoluta certeza intersubjetiva. Por isso, uma teoria do procedimento necessita de um ponto de vista mais abstrato de relação funcional, que inclua o mecanismo da verdade, mas que não se esgote nele. É natural que para isso se apoie na *função* da verdade e, partindo dela, se procurem outros mecanismos de transmissão funcionalmente equivalentes, de complexidade mais reduzida. Af deparemos com o mecanismo do poder e o problema da sua legitimidade”.

⁴⁹ Cfr. Niklas Luhmann, *Legitimação...*, p. 32.

⁵⁰ Que são os processos judiciais, a eleição política, a legislação e os procedimentos decisórios da administração. Cfr. Niklas Luhmann, *Legitimação...*, pp. 49 e ss.

Sobre esta teoria de legitimação, cfr. também Maria da Assunção Andrade Esteves, A

comunicativo, de Jürgen Habermas, pela qual, não estando em causa o conteúdo da decisão, esta sempre se legitimaria na base de um consenso estrutural, quanto aos termos e recursos a utilizar na respetiva discussão, segundo “uma comunicação intersubjetiva sem dominação”, toda ela despida de preconceitos e fundada nas realidades⁵¹, em que se apelaria a “...processos observáveis e que sejam abertos a comprovações intersubjetivas...”⁵², atribuindo este autor às instituições jurídicas uma função *regulativa*, não constitutiva, porque “...insertas num contexto político-cultural mais amplo, mantêm uma relação de continuidade com as normas éticas e juridicamente vêm a sancionar âmbitos de ação comunicativamente estruturados”⁵³.

constitucionalização do Direito de Resistência, Lisboa, 1989, p. 129; Norberto Bobbio, *Democracy and Dictatorship*, Cambridge, 1997, p. 88; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 112 e ss.; João Gonçalves Loureiro, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, 1995, pp. 112 e ss.; Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, *Os limites...*, pp. 52 e ss.; Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*, Lisboa, 1996, pp. 159 e ss.

⁵¹ Afirmando lapidariamente Jürgen Habermas (*O Discurso Filosófico da Modernidade*, Lisboa, 1990, p. 278): “Aquilo que antes cabia à filosofia transcendental, ou seja a análise intuitiva da consciência de si, adapta-se agora ao círculo de ciências reconstitutivas que procuram tornar explícito o conhecimento pré-teórico de regras de sujeitos falantes, agentes e *sabedores* competentes, da perspectiva de participantes em discursos e interações a partir de uma análise de declarações conseguidas ou distorcidas”. Cfr também Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, Cambridge, 1996, pp. 132 e ss.

⁵² Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, II, Madrid, 1992, p. 9. Cfr. também J. Batista Machado, *Introdução ao Direito...*, pp. 274 e ss.; José Lamego, “**Razão e argumentação – a decisão racional no Direito e na Política. Parte A. A fundamentação racional das normas**”, in *Revista Jurídica*, nº 4, Março-Maio de 1984, pp. 121 e ss.; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, pp. 111 e ss.; José Manuel Durão Barroso, “**O processo de democratização: uma tentativa de interpretação a partir de uma perspectiva sistémica**”, in *AAVV, Portugal - Sistema Político e Constitucional*, Lisboa, 1989, p. 43; Maria da Assunção Andrade Esteves, *A constitucionalização...*, pp. 127 e 128; Pedro Serna Bermúdez, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, 1990, pp. 165 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 114 e 115, entendendo a mesma com razoável “operacionalidade”: “A ideia do contrato tem, porém, operacionalidade para, sob o ponto de vista teórico, explicar três dimensões da *justiça contratual constitucional* (...), sem se recorrer a “valores” ideologicamente encapuçados ou entidades divinas erigidas a instâncias normativas supremas”; Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, *Os limites...*, pp. 119 e ss.; Luíz Vergílio Dalla-Rosa, *Uma Teoria do Discurso Constitucional*, São Paulo, 2002, pp. 132 e ss.

⁵³ Jürgen Habermas, *Teoria...*, II, p. 517.

5. A necessidade de uma fundamentação material suprapositiva

I. Nenhuma destas concepções, todavia, consegue resolver definitivamente a contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo na legitimação do Direito⁵⁴.

As teorias procedimentalistas ou processualistas apenas respondem a parte dos problemas, mas não dão solução a um conjunto de temas que ficam ainda por resolver, jamais se podendo, em conclusão, prescindir de uma *pauta material de legitimação*⁵⁵.

Como enfaticamente afirma João Batista Machado, “Ora a teoria do consenso como critério de verdade e de justiça não pode ser aceite. Desde logo, se o consenso é tomado como facto, dir-se-á que de um facto não pode deduzir-se qualquer validade, do mesmo modo que do facto entendido como mero facto psicológico de acordo de vontades não pode deduzir-se o carácter vinculante do mesmo”⁵⁶.

Ou, como frisa Pedro Serna Bermúdez, referindo-se especificamente aos limites do consenso como fundamento dos direitos funda-

⁵⁴ Conforme frisa Maria Lúcia Amaral Pinto Correia (*Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1999, p. 342), “É por isso que os intérpretes e aplicadores da Constituição não podem, hoje, ser nem positivistas nem antipositivistas: o direito positivo que interpretam encarregou-se ele próprio de ultrapassar a controvérsia *ius positivum/ius naturale*”.

Não vemos, porém, como se possa encontrar superado o dualismo jusnaturalismo-positivismo só pelo facto de o primeiro passar a constar do *ius positivum*. Mesmo dentro deste, importa estabelecer uma diferenciação valorativa, com inequívocos resultados, depois, na colisão entre normas jurídicas, sendo certo que também não é ao *ius positum* que se pede a certificação da justeza material das normas de Direito Natural que nele se precipitaram, tudo isto sem contar ainda com os muitos casos de ausência da consagração deste.

⁵⁵ Como afirma Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (*Teoria Geral...*, pp. 167 e 168) quanto à teoria de Niklas Luhmann, que é generalizável a outras teorias de tipo formalista, “... não vemos como o Direito possa evitar a «contaminação» ética. Não nos parece, de todo, que a necessidade de preservação da autonomia dos subsistemas político, jurídico, moral e económico – condição de uma inédita liberdade – que se foram diferenciando no sistema social, seja apenas possível na depurada conceptualização da clausura autorreferencial. Pelo contrário, não será em nome dessa mesma autonomia que o Direito há de realizar uma apropriação diferenciada dos valores partilhados?”.

A. Castanheira Neves (*Metodologia...*, pp. 73 e 74) não deixa também de ser contundente nas suas críticas, dizendo, em certo trecho, que (p. 74) “...este juízo não terá de ser apenas racional-argumentativamente concludente e sim normativamente fundado na validade normativo-dogmática do sistema jurídico vigente – o seu juízo não poderá obedecer simplesmente às condições e regras do discurso da razão prática, terá que realizar fundadamente em concreto a validade jurídica”, assim concluindo que (p. 74) “Por tudo o que a racionalidade judicativo-decisória, ou da normativa realização do direito, haverá de ser uma racionalidade de fundamentação (não apenas processual) e material (não simplesmente formal)”.

⁵⁶ J. Batista Machado, *Introdução ao Direito...*, p. 275.

mentais, “...o consenso serve como critério único de legitimação se se reduz o homem a pura liberdade, quer dizer, a natureza vazia...”⁵⁷.

A validade dessa contraposição, como assinala Pablo Lucas Verdú, merece ser, contudo, devidamente enquadrada e relativizada por fatores comuns, como a importância de certos acontecimentos ou a defesa dos grupos dominantes na sociedade⁵⁸, em face da diversidade de jusnaturalismos e de positivismos que a Ciência Jurídica foi entretanto formando.

Isto sem esquecer, por outra parte, alguns fatores que colocam a questão, nos dias de hoje, noutros moldes, dado o crescimento do Direito, fazendo funcionar cada vez menos uma dessas fontes de validade⁵⁹.

II. O percurso sinuoso e complexo em torno de uma limitação do poder público já nos mostra, de *per si*, que esta não é uma matéria despicienda, nem que se possa considerar resolvida: *é uma questão que inteiramente mantém a sua atualidade e sobre a qual importa sempre refletir*.

É evidente que pensamos ser necessário uma limitação do poder que se assuma numa *visão transcendente* ao Estado e, em geral, a todo o poder positivo público que se exerça, em termos tais que o sentido de Direito Natural adquira uma dimensão de “indisponibilidade”, contraposta à eventual arbitrariedade do poder público⁶⁰.

A transcendência desses limites só pode acolher uma visão eminentemente material, segundo a qual eles são construídos na base de princípios ou valores materiais, ainda que alcançados no âmbito de uma discussão livre e racional⁶¹.

⁵⁷ Pedro Serna Bermúdez, *Positivismo conceptual...*, p. 194.

⁵⁸ Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo...*, pp. 193 e ss.

⁵⁹ O que, pura e simplesmente, não equivale à sua irrelevância, como refere Diogo Freitas do Amaral (*Manual de Introdução...*, I, p. 203): “Mas nem assim se perde a importância dos valores e normas que, sendo de Direito Natural, se encontrem positivados: é que, se o legislador positivo as revogar, de novo surgirá aí uma contradição a resolver entre o Direito Positivo e o Direito Natural, a qual terá de ser decidida – segundo os jusnaturalistas – pela prevalência deste sobre aquele”.

⁶⁰ Como escreve J. Batista Machado *Introdução ao Direito...*, p. 299, “...as expressões “Direito Natural” e “Natureza das Coisas” se querem na verdade referir algo que não depende do arbítrio humano, muito embora seja algo que constitui o resultado de algum modo espontâneo de um processo evolutivo que assenta numa praxis humana histórica”.

⁶¹ Isto mesmo afirma com clareza Arthur Kaufmann (*Filosofia...*, p. 433): “É necessário um

O centro nevrálgico da discussão, como era exatamente há duzentos anos, é o da determinação e da manipulação desses limites, não tanto o facto da sua existência: como lembra de novo João Batista Machado, “...se a resposta que damos a esta questão, ou seja, a conceção que temos do Direito Justo, muda em cada época, isto não tem de significar que mudem os ditos princípios. Dir-se-á, antes, que o que muda é o nosso conhecimento acerca deles”⁶².

III. *Só as considerações de tipo suprapositivo – e não positivista ou sociológico – é que permitem chegar a uma conclusão segura*⁶³.

A Justiça do Direito não pode ser dada pelo critério do poder; nem pode ser conferida pelo critério da sociedade: a Justiça do Direito só pode ser dada por um conjunto de princípios e valores que não são intrínsecos ao poder positivo ou ao poder social e que, por isso, se lhes impõem.

É que o Direito Constitucional Positivo, por referência ao Direito Natural⁶⁴ que especificamente se refrange na dignidade da pessoa humana⁶⁵, não lhe pode ser de todo indiferente e, pelo contrário, se lhe

fenómeno que seja *simultaneamente* *ôntico e processual*. O que se procura só pode ser o homem. Não é, porém, o homem meramente empírico, nem tão-pouco o homem puramente numenal, mas o homem como *pessoa* (...), ou seja, o homem como complexo de relações que mantém com outros homens e com as coisas”.

⁶² J. Batista Machado, *Introdução ao Direito*..., p. 291.

⁶³ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual*..., I, pp. 764 e 765.

⁶⁴ Sobre o jusnaturalismo em geral, nas suas correntes e formulações, v. Angel Latorre, *Introdução*..., pp. 166 e ss.; Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1979, pp. 61 e ss.; pp. 61 e ss.; Giogio del Vecchio, *Lições*..., pp. 558 e ss.; J. Batista Machado, *Introdução ao Direito*..., pp. 286 e ss.; Günter Ellscheid, “**O problema do Direito Natural – uma orientação sistemática**”, in AAVV, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (org. de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer), Lisboa, 2002, pp. 211 e ss.; António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia – síntese de um milénio*, 3ª ed., Mem Martins, 2003, pp. 206 e ss.; Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução*..., I, pp. 193 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *O Direito*..., pp. 172 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 2008, pp. 115 e ss.

⁶⁵ Em cuja densificação não pode ser desconsiderado o contributo da Doutrina Social da Igreja, afirmando a pessoa humana como o sujeito das relações pessoais e sociais.

Cfr. Martim de Albuquerque, *A Doutrina Social da Igreja*, Lisboa, 1965, pp. 9 e ss.; Giovanni Ambrosetti, *Diritto Naturale Cristiano – profili di metodo, di storia e di teoria*, 2ª ed., Milano, 1985, pp. 253 e ss.; Jesús González Pérez, *La dignidade de la Persona*, Madrid, 1986, pp. 40 e ss.; Américo A. Taipa de Carvalho, *Pessoa humana – Direito – Estado – e Desenvolvimento Económico*, Coimbra, 1991, pp. 7 e ss.; Javier Hervada e José Manuel Zumaquero, *Juan Pablo II y los derechos humanos 1981-1992*, Pamplona, 1993, pp. 426 e ss., de entre outras múltiplas referências; João Paulo II, *Evangelium vitae*, Lisboa, 1995, pp. 53 e ss.

oferece com um elevado grau de pertinência⁶⁶.

Mas também importa considerar que o Direito Constitucional, como Direito Positivo que é e da maior importância, não se apresenta sempre absolutamente relevante ao Direito Natural, contendo um largo feixe de princípios e normas que estão para além das exigências que dali emergem.

⁶⁶ A formulação do Direito Positivo, por alusão aos processos de conclusão e de determinação que são ditados pelo Direito Natural, também encontra áreas de *indiferença*, permitindo assim a existência de normas positivas de coloração jusnaturalista e normas positivas sem esta transcendência. Cfr. Mário Bigotte Chorão, “Direito Natural”, in *Pólis*, II, Lisboa, 1984, pp. 498 e 499.